

## 判例紹介

## スイス民事新判例の紹介

——夫婦財産契約による剰余分割の変更と遺留分侵害（BGE 102 II 313）——

松 倉 耕 作

(1) かつて筆者は、スイス民法を研究するに必要な基本的文献・資料を紹介し、それにつづいて、「スイス年報」と題する資料を通じて、かの地で出版せられる家族法関係の文献を毎年紹介してきた。<sup>(1)</sup> かような「スイス年報」において、主要な連邦裁判所判決をも紹介したいと考えていたが、諸般の事情がこれを許さない。本稿は、さような筆者のネガイを実現するまでの、いわば過渡的作業の一つである。

本稿の対象とする連邦裁判所判決 BGE 102 I 313（一九七六年一月一八日判決。同判例集は、<sup>(2)</sup> 一九七七年四月に公刊されている）は、従来先の例を変更して、民法二一四条三項に基づいて、夫婦財産契約により生存配偶者のために剰余持分を増加せしめ、これにより相続人（原則として直系卑属）の遺留分を侵害する場合には、原則として相続法上の遺留分減殺に服する、としたものである。拙書・スイスの夫婦財産法（一九七七年、千倉書房）において、本判決以前の学説・判例を要約しておいたが、これが本判決により変更されたので、前掲書を補足する意味で、本判決の概要を紹介するものである。なお本稿では、改正草案（第一次草案および第二次草案）の動向をも示すことにより、この問題に関

するスイス法の動きをも合せて紹介する。

(2) 現行スイス法定夫婦財産法については、前掲書においてその概要を紹介した。<sup>(3)</sup> 現行法定財産制である財産併合制 (Güterverbindung) の下では、西ドイツのそれにおけると同様に、婚姻中の所得 (Errungenschaft) を基礎として算出せられる剰余 (Vorschlag) は、夫婦の離婚や一方配偶者の死亡等を原因とする夫婦財産制の解消に際して、いわゆる夫婦財産法上の清算により、各配偶者 (もしくはその相続人等) に分配される。ここで剰余の分割に関する扱いは、これについての夫婦財産契約の存否により異なる。これが存在するときには、剰余の清算方法は、当該夫婦財産契約にしたがう (民二一四条三項)。他方、夫婦が剰余の分割割合に関して、夫婦財産契約により別段の約定をしなかったときには、二一四条一項の法定の割合により分配される。すなわち、妻もしくはその直系卑属は剰余の $\frac{1}{3}$ 、夫もしくはその相続人がその $\frac{2}{3}$ の分配を受ける。

(3) 夫婦財産契約により、上述剰余の法定持分が変更せられ、その結果相続人の遺留分を侵害する場合について、従前の判例・学説は、つぎのごとく解してきた。一方配偶者が他方配偶者に、夫婦財産契約によって、剰余について法定の持分割合以上の権利を与えた場合、もしくは逆に、たとえば妻が不足を負担する義務を負った場合には、相続人の遺留分に決定的な影響を及ぼし、かつ不利益を与えることが少なくない。

いまたとえば、法定財産制に服するA男B女夫婦が、A男 $\frac{3}{4}$ 、B女 $\frac{1}{4}$ との剰余分割を合意し、剰余について法定持分より少ない分割を受くべき配偶者B女が死亡したとすれば、夫婦財産法上の清算の結果、剰余分割が法律にしたがって行われた場合よりも、B女の遺産 (その特有財産、編入財産、 $\frac{1}{4}$ の剰余がB女の遺産を形成する) が、実質的には縮小する。なぜなら、剰余分割が法定の割合にしたがって行われる場合よりも少ない遺産に対して、相続人 (他方配偶者およびB女の直系卑属) がその請求権を主張することになるので、これらの相続人の実質的な遺留分が、縮小することに

なるからである。

他方また、死亡配偶者の直系卑属が、夫婦財産契約により優遇せられている生存配偶者A男の直系卑属でないとき、たとえばB女の前婚の子やB女の養子(ただし一九七二年改正前にのみかかる養子が存在する)たる直系卑属は、将来A男の相続において、なんら相続権を有しない。それゆえ、かかる直系卑属は、A男の死亡に際して、彼らの遺留分請求権の損失を償う可能性を有しないことになる。彼らにとっては、夫婦財産契約による、剰余分割によって生ぜしめられ、かつ減少せしめられた遺産が、最終的な遺留分算定の基礎となる。同様のことは、それ以外の遺留分相続人(たとえば、両親や兄弟姉妹)についても妥当する。

そこで、前述のごとき合意の存する場合に、相続法上の遺留分保護規定が適用されるのか、というのがここでの問題である。立法者をして、相続法および二二六条二項における処分自由(民四七〇条以下、五二二条以下)の制限へと動かし、たところの法感情は、二一四条三項の場合においても、二二六条二項の場合と同様に、遺留分の強制的な保護を要求するものと思われるが、連邦裁判所はかかる保護を認めない。その他の主たる下級審裁判所および後見官庁の取扱い例も、連邦判決にしたがっている。

さらに、連邦裁判所判決および通説によれば、前述のごとく、夫婦財産契約により、すべての剰余を一方配偶者に割り当てるのが可能である。それではかような合意に基づいて、生存配偶者が現実によつての剰余もしくは法定持分を超える剰余を取得する場合に、五二二条(減殺の訴に関する通則)もしくは五二七条三項・四項(生存者間の贈与に対する減殺)を根拠として、相続人による減殺の訴が可能であろうか。

学説のなかには、二二六条二項(一般的財産共通制に際して、共通財産を折半すべしとの法定持分—民二二五条—を修正した場合に、死亡配偶者の直系卑属は、被相続人の死亡の際に現存する共通財産の1/4を奪われない権利を有する)を類推して、減殺の訴

を肯定する説もみられるが、多数説および判例は、①二一四条三項には、二二六条二項のごとき制限を欠いている。②五二二条・五二七条は、夫婦財産法上の処分（とくに、民二一四条三項による剰余持分の変更）に対し、明示的な制限をおいていない、③立法者の考えには、さような制限を設ける意思が存しなかった、等を主たる根拠として、原則として滅殺の訴に服しないものとされる。また、権利濫用の法理（民二条）により、夫婦財産契約もしくは夫婦財産契約中の剰余持分を修正した当該条項の取消の可能性を認める学説・判例も少なくないが、権利濫用の認められる要件については、学説によりかなりの違いがある。

ところがかような判例・多数説の見解とは対照的に、夫婦財産法に関する改正草案（後述18以下参照）は、全剰余を生存配偶者に分割取得せしめる旨の合意も有効であるとの立場に立つが、かかる合意もとくに直系卑属の遺留分の制約に服するとの見解を公にしていた。そこで、改正草案の動向との関係において、今後の判例の動きが注目せられていたわけである。以下では、1 事実関係、2 連邦裁判所判決、3 改正草案の動向、の順に紹介する。

# 1 事実関係

(4) F. Müller 男は、E. Stöckli 嬢と婚姻。一九一六年長女 Emma 出生。一九一八年妻 Stöckli 死亡。その後再婚したが子供はない。さらに一九三六年、Müller 男は一九歳年下の F. Kopp 嬢と三度目の婚姻をなした。一九四四年夫婦間に長男 Kurt 出生。婚姻当初この夫婦は、法定財産制たる財産併合制に服していたが、一九五八年に過ぎの夫婦財産契約兼相続契約を締結した。それによれば、夫婦は以下の点を留保して財産併合制に服する、各自の編入財産および夫婦財産の確認、本夫婦財産契約は後見官庁の承認を受けるが夫婦財産制登記簿への登記を経ない、など六項目にわたるが、本稿に関して重要なのは、過ぎの二項目である。

四、民法二一四条三項に基づき、当事者は過ぎのごとき合意する。

夫婦いずれか死亡の際には、生存配偶者がすべての剰余（についての所有権）を取得する。  
不足（Rückschlag）が生じた際には、民法二二四条三項の規定にしたがって負担する。

六、両配偶者は、生存配偶者のために夫婦の直系卑属の遺留分を制限する。夫婦共通の子である Kurt に帰属する相続分について、生存配偶者が民法四七三条により終身用益権（Lebenslängliche Nutzungsung）を取得する。

この契約は、一九五八年二月一九日に St. Gallen の Waisenamt で承認された。一九七二年九月二五日、夫

（被相続人）

（死亡）  
E 女 || M 男 || F 女  
N 女 — K 男

Müller 男は八五才で死亡した。法定相続人として、その妻 F. Müller（以下 F 女と略記）、その間の子 Kurt（以下 K 男と略記）、さらに第一婚から出生した Emma Nobet-Müller（以下 N 女と略記）の三人が遺された（上図参照）。

M 男 F 女夫婦により締結された、前記夫婦財産契約兼相続契約は、一九七二年一〇月一二日に St. Gallen の Bezirkamt で開封された（この契約の有効性については当事者間に争いはない）。その N 女の請求に基づいて、被相続人の遺産について公的財産目録（öffentliches Inventar）が調製された。それによれば、積極財産 Fr. 371, 799. 65、および消極財産 Fr. 370, 826. 55、結局積極残額は Fr. 973. 10 であつた。消極財産のなかには、妻の夫婦財産法上の請求権として Fr. 263, 000（そのうち Fr. 10, 000 は妻の編入財産——夫の営業に投入された現金——の名目で）が含まれる。一九七三年六月六日、遺言執行人は被相続人の遺産に対する N 女の遺留分として、N 女に Fr. 5, 170 を与えた。一九七三年八月、N 女は後妻 F 女および異母兄弟 K 男を被告として、St. Gallen 地裁（Bezirksgericht）に遺産分割の訴を提起。請求の趣旨は七項目にわたるが、本稿テーマに即してこれを要約すれば、M 男 F 女間の前記契約に基づく夫婦財産法上の出捐（とくに全剰余の分割）は、原告 N 女の遺留分権を侵害する限度で減殺さるべきである、原告 N 女の遺留分（ $\frac{9}{10}$ ）に相当する金額 Fr. 5, 170 を原告に支払うべし、とするものであった。

（5）一九七四年九月二四日、St. Gallen 地裁は、遺産の範囲と遺留分についての原告 N 女の主張を認めるが、

その余のすべての請求を棄却した。一審判決の趣旨は要するに、民法二一四三条三項による合意は、連邦裁判所の確立した判決にしたがって、相続法上の遺留分減殺請求に服さない、生存配偶者の優遇が権利濫用であるとの主張は本件ではなされていない、それゆえすべての剰余が妻F女に帰属する、とするものであった(N女控訴)。

一九七五年七月九日、St. Gallen カントン裁判所は、一審判決と同様の理由(詳細不詳)により、N女の控訴を棄却した(N女上告)。

カントン裁判所判決に対して、N女は連邦裁判所に上告。上告理由は、結局一審における主張内容とほぼ同様に、被相続人により被告F女になされた夫婦財産法上の出捐、および被相続人によりなされた遺留分を有する上告人の不利益(とくに一九六七年に締結された、St. Gallen Notkersstrasse 12 の土地についての売買契約)などを、上告人の遺留分を害する限度で減殺すべし、とするものである。

## 2 連邦裁判所判決

(6) 本判決(一九七六年一月一八日判決)は、スイスの民事判決としては比較的長文のそれに属する。判決内容の詳細は順次紹介するとして、ここで判決の要旨をまず示しておく。連邦裁判所は、上告人F女の請求をほとんど棄却した。しかし、結論としては上告を容れて、本件を原審へ差戻した(原判決破棄差戻)。判決要旨はつぎの二点に要約できる。

- ①財産併合制の下で、夫婦財産契約による生存配偶者への剰余の分配は、債務法二四五条二項の意味での「贈与者の死亡を期限とする贈与」(Schenkung auf den Todesfall, donation pour cause de mort)とみなされる。かかる贈与は、死因処分(民五一二条以下)と同様に、直系卑属の遺留分権を害する限度において減殺に服する。
- ②かような夫婦財産法上の処分に対する遺留分保護は、原則として被相続人の直系卑属に限られる。

(7) 本件M男F女夫婦は、現行法定財産制たる財産併合制に服していた。法定財産制に服する婚姻関係が、一方配偶者の死亡により解消せられ、夫婦財産法上の清算の結果、夫の編入財産と妻のそれとの分離が計算上行われたのち、剰余が生じたときには、この剰余は、民法二一四条一項により、その<sup>1)</sup>が妻(もしくはその直系卑属)にその余が夫(もしくはその相続人)に帰属する。これが原則である。しかし例外的に、民法二一四条三項によれば、夫婦間での夫婦財産契約により、前記法定持分と異なる剰余分割を合意することができる。本件夫婦はこの権利を利用し、いずれか配偶者の一方の死亡の際には、生存配偶者がすべての剰余を取得する、との趣旨の夫婦財産契約兼相続契約を締結したのである。

かような契約に対して、上告人N女はつぎのごとく主張する。民法二一四条三項の意味での夫婦財産契約による剰余分割の変更は、これにより子の遺留分権が侵害されな<sup>2)</sup>いかぎりでのみ許される。したがって、許される程度(すなわち遺留分を害さぬそれ)にまで、前記剰余分割は減殺されるべきである、と。本件での最大の争点は、夫婦財産契約による剰余分割の変更がなされ、これにより相続人の実質的な遺留分が侵害される場合に、これが遺留分減殺の対象となるか、という点である。まずこれについての従前の判例の立場を振り返っておこう。

(8) かような事案のリーディングケースとされるのは、一九三二年連邦判決 BGE 58 II 1 である。

本件は、本稿で紹介する事案と同様に、すべての剰余を生存配偶者に帰属せしめた例である。事実関係はつぎのごとくである。一九一二年に婚姻したM夫婦は、一九二五年に後見官庁の承認をえて、①夫婦財産制として、一九四条以下の法定財産制にしたがう、②婚姻中の剰余の分割は二一四条一項による、一方配偶者の死亡の際には、生存配偶者は剰余のすべてを取得する、③不足の負担は法規にしたがう、等の夫婦財産契約を締結。一九二九年夫が死亡し、相続人として妻M女および、共通の子M男ほか(未成年)が残り、これらの者は、夫の編入財産 Fr. 21,913.6 についてのみ遺産分割契約を締結。他方、夫の財産と妻のそれを分離したのち、Fr. 23,484.45 の剰余が存した。ところが後見官庁は、子供全員に Fr. 16,436.2 (算出根拠不詳)を取得するにすぎな

いとする前記契約の追認を拒否した。後見官庁の勧めにより、その子の補佐人 *Beistand* が母 *M* 女を被告として、本件訴を提起（一番・二審不詳）。その理由としていわく。子 *M* 男等は、被相続人の遺産から Fr. 28.177.58（父の編入財産の  $\frac{3}{4}$  および剰余の  $\frac{3}{4}$ ）を取得するが、そのうちの自由分十六分の十三を控除した前記金額の  $\frac{3}{4}$  すなわち Fr. 22.894.2 を取得するはずである。さらに、前記夫婦間の合意は、相続契約の方式を欠いているゆえ無効である、と。

これについて連邦裁判所は、結論的には、夫婦財産契約によりすべての剰余を生存配偶者に帰属せしめる旨の合意は有効であるとして上告を棄却した。判決はいう。夫婦が財産併合制に服するときには、二一四条一項にしたがって、夫婦財産制の解消に際し、第一に、夫の財産および妻のそれを分離してのち、残存する剰余の  $\frac{1}{2}$  が妻もしくはその直系卑属に帰属し、その余の  $\frac{3}{4}$  は夫もしくはその相続人に帰属する。ところが二一四条三項によれば、剰余の分割につき、夫婦財産契約により別段の合意をなすことが可能である。それゆえ二一四条一項にいう、剰余分割についての法定規定は、（かかる別段の合意の存しない場合の）補充的規定である。しかも、これに関する当事者の合意は、夫婦財産契約によること、当事者の署名、公証 *öffentliche Beurkundung*、後見官庁の承認（ただし、婚姻後の契約にかぎる、一八一条二項）等のほかには、なんらの制限が課せられていない。それゆえ、夫婦が剰余の分割につき条件を付したとしても、それは、私的自治の範囲内の問題である。本件夫婦財産契約は、つぎの趣旨に解される。すなわち、夫の死亡により財産制の終了の場合には、妻がすべての剰余を取得し、これとは逆に妻の死亡によるそれに際しては、夫がすべての剰余を取得する、と。

第二に、相続契約との関係について、原告（上告人）はいう。一方配偶者の死亡に際して、本件夫婦財産契約が有効なるためには、二一四条三項の方式にしたがうだけではたらず、さらに相続契約の方式（証人二人の署名等、五一二条・四九九条以下参照）を必要とする。これについて判決はいう。離婚や法定別産制の発生する場合を想定して、法定の剰余分割割合と異なる合意がなされることはほとんどない。二一四条三項にいう合意は、特殊な事例を別として、死亡の際の剰余分割について適用される。かく解さねば、二一四条三項の規定は、その存在意義を失うことになる（判例集二頁以下でこれを詳論する）。

最後に、相続との関係についても論及する。剰余についての法定分割割合と異なる合意は、効果の点でつねに相続権に影響を及ぼすことになる。財産共通制に関する二二六条一項によれば、共通財産の分割に関する二二五条一項・二項（一方配偶者の死亡したときは、共通財産の  $\frac{1}{2}$  が生存配偶者に、その余の  $\frac{1}{2}$  が死亡配偶者の相続人にそれぞれ帰属する）と異なる分割方法を、夫婦財産契約により合意することが可能である。ところが、二二六条二項によれば、かかる夫婦財産契約がなされた場合にも、死亡配偶者の直系卑属は、その死亡の際に現存する共通財産の  $\frac{1}{4}$  を奪われないものとされる。ここで、合意の対象となる財産は、共通財産であ



る。しかも、共通財産の分割についての別段の合意および財産併合制の際の剰余についての別段の合意は、死者の固有財産を対象とするのではなく、死亡の時点の財産を対象とする。また、財産併合制の際の合意の対象は、財産共通制のごとく両親のすべての財産（特有財産を除く共通財産）をその対象とはしていない。財産併合制にあっては、前記のごとき制限が存しない。それゆえ、本件のごとき財産併合制にあっては、被相続人の処分自由の制約は問題とならず、剰余のすべてを生存配偶者に帰属せしめることは二一四条三項の枠内の問題である。

以上の結果、本判決は結論として、夫婦財産契約により、すべての剰余を生存配偶者に帰属せしめる旨の合意を有効との前提に立ち、しかもかような合意を内容とする夫婦財産契約は、相続人による遺留分減殺に服さない旨を判示した。

本判決は結局、民法二一四条三項に基づき、すべての剰余が生存配偶者に帰属する前の合意を基礎とする夫婦財産契約は、たとえそれにより相続人の遺留分を害することがあっても、契約は有効であり、かつ遺留分減殺の訴による取消の対象とはならない、との趣旨に要約されよう。

(6) そのい連邦裁判所は、一九五六年の BGE 82 I 477 事件において、ふたたびこの問題を検討する機会を得た。本件も前述 BGE 58 II 1 事件と同様に、すべての剰余が、生存配偶者に帰属する旨の契約がなされた事件である。ここでも結論として前掲先例理論が登襲された。すなわち、――

① 夫婦は、権利濫用の制限内で、民法二一四条三項により、全剰余を生存配偶者に分割帰属せしめることが可能である。

② さような夫婦財産契約による合意は、相続法上の減殺、すなわち遺留分減殺請求には服さない。

結論において、前記二判決間に不一致は見られないが、本判決はことに二一四条の成立史に関して、前掲判決より詳論している。これを要約すれば、つぎのごとくである。

本判決は、二一四条の成立史を詳細に検討し、ここから夫婦財産契約により生存配偶者への全剰余の分割が、遺留分減殺請求に

服するとの命題は、立法資料から導き出しえない、との帰結を導く。これを根拠づけていう。夫婦が二一四条三項に基づき、夫婦に与えられた可能性を利用するときには、夫婦の合意が夫婦間における権利関係を創造し、したがって合意に基づく剰余参与が、二一四条一項の定める法定分割に代わる。法は剰余分割についての合意に、なんらの制限も設けていない(判例集四八六頁)。

法は夫婦が剰余分割の規則を決定する動機には、なんらの関心をも有していない。さらにまた、当事者夫婦により合意された規則が、法定の分割を不当と思わせるという合理的理由ある事情の存していることを要求していない。合意に基づく剰余分割に、夫婦財産法上法定の剰余分割が規定されているのと同じ方法で、その法的根拠を有する。全剰余を生存配偶者に分配せしめる合意の存するときでさえ、かかる合意は死因処分ではなく、生存者間の夫婦財産法上の契約である。一方配偶者の死亡は、合意の法的根拠ではなく、たんなる履行期にすぎない。それゆえ、被相続人の自由分を超える処分の存在を前提とする民法五二二条により、滅殺の対象となる死因処分とは解されない(判例集四八八頁)。死亡を原因となる出捐は、死因処分すなわち遺言や相続契約による出捐をさす。さらにまた、生存者間の贈与に対する滅殺を規定する民法五二七条に基づく滅殺も、剰余分割はさような意味での贈与にあたらない、さらに夫もしくは妻による出捐があるとしても、出捐配偶者は契約締結時には、いまだ剰余持分についてなんらの権利をも有していないので、債務法二三九条によれば、未取得の権利放棄は贈与にあたらないゆえに、ここでは問題とならない。財産共通制に関する二二六条の規則(民法二二五条に基づく夫婦財産制<sup>レヴェル</sup>での清算の結果、生存配偶者は相続法上の請求権を留保して、共通財産の $\frac{1}{4}$ を取得する。かかる法定割合が夫婦財産契約により変更せられた場合には、直系卑属は共通財産の $\frac{1}{4}$ を奪われえないとの権利を有するとの規則)は、財産併合制のもとでの事件には類推適用されない。それゆえ、財産併合制のもとでの剰余分割についての合意は、民法二条二項の権利濫用により制限されるにすぎない。

(10) 以上みてきたごとく、従前の判例はいずれも、遺留分減権請求を否定してきた。これに対し学説は二分される。当初学説は、さしたる理由づけをなすことなく、結論として判例のごとき見解に立っていたのであるが、前記BGE 58 II 1判決以降これに反対する学説が登場するに及んで、つぎのごとき理由により、判例を支持する論拠を明らかにしている。今日でも、これが多数説といえよう。<sup>(6)</sup>

①夫婦財産法上の清算がなされて、被相続人の遺産の範囲が確定する。被相続人の放棄したところの剰余持分は、遺産の構成財産ではない。それゆえ遺留分侵害の生じる余地が存しない。

② 剰余持分の放棄は、民法五二七条三号・四号の意味での贈与・財産譲渡にあたらぬ。

③ 民法二一四条三項では、同二六条二項のごとき明文の制限を欠いている。

④ 民法五二二条・五二七条は、夫婦財産法上の処分（とくに二一四条三項による剰余持分の変更）に対し、明示的な制限をおいていない。

⑤ 立法者の考えには、さような遺留分制限を設ける意見が存しなかった。

等を主たる根拠として、原則として、減殺請求の訴に服しない、と解してきた。もっとも、判例の見解と同様に、権利濫用の法理に基づき、当該夫婦財産契約条項の取消を認める見解は少なくない。これに対し、BGE 82 II 477 判決以降の学説にかぎれば、むしろしだいに判例に反対する見解が多数を占めるのではないかと思われる。これら学説は、民法二一四条三項による夫婦財産法上の処分により、遺産とくに遺留分相続人の遺留分の価格に重大な影響を及ぼすゆえ、民法二一四条三項の意味での合意は、「一定の要件のもとで」減殺に服すべきであるとする。一定の要件については、学説によりニュアンスの差異があるが、結局は、④民法五二二条・五二七条による生存者間の行為もしくは死因処分を根拠とする、⑤民法二六条三項の類推適用、⑥権利濫用の法理による、⑦その他、婚姻中締結される夫婦財産契約による合意を承認するところの後見官庁が、承認拒絶により遺留分相続人の利益を保護する、等の主張がなされている。⑧は一種の事前措置といえよう。

(11) かくのごとく学説はほぼ二分されていたのであるが、本稿の対象とする BGE 102 II 313 判決は、従来の先例を変更して、剰余分割も遺留分減殺に服するとの立場に立った。以下では、その理由を紹介しよう。

BGE 82 II 485 において連邦裁判所は、立法資料によれば、立法者が剰余についての夫婦の合意を減殺に服せしめる意思であったとの積極的結論を導きえない、との帰結を導いた。これについて本判決はいう（判例集三三〇頁以下）。

しかし判例 (EGE 82 II 485) は、正当にも、どのような合意が減殺対象となりうる可能性を帰結することは、立法資料と矛盾する、とはいっていない。当時連邦裁判所は、とりわけ二一四条三項の成立過程を吟味し、つぎのことを確認した。二一四条三項に関する討議においても、また夫婦財産契約に関する一般的なそれにおいても、剰余分割についての合意に、なんらかの制限を課することは問題とされなかった、と。しかし、このことから、立法者がさような夫婦財産契約を遺留分減殺の対象としないとする積極的意思を有していた、と結論づけることはできない。夫婦財産契約による剰余分割の制限についての特別の議論はなされていないが、連邦議会は、夫婦財産契約の款において、つづく二〇四条を予定することによって、すべての夫婦財産契約による出捐を減殺に服せしめる考えであった (vgl. StenBull. 1905 S. 689-695, 1102-1105)。すなわち、『一般的財産共通制の際には、夫婦の一方の死亡の場合のために、夫婦は、共通財産 (Gesamtvermögen) について任意の分割を合意できる。ただし、被相続人の死亡の際に現存する共通財産の少くとも1/4がこれらの直系卑属に帰属せしめることを要するとの制限が課せられている。その余の財産制の場合には、夫婦財産契約に基づく出捐は、遺留分権の制限 (四七八条) に服する』と。

最終的な立法編纂委員会では、この規定 (二〇四条、筆者注) の一項は、現行二二六条二項となった。他方同条二項は削除された。しかし編纂委員会は、連邦議会により承認されたテキストに、本質的な変更を加える意思ではなかったし、またさようなことができるわけもない。結局、遺留分権の留保は自明のこととみなされるゆえに、二項が削除されたものと思われる。かような見解は、第一次草案の起草者であり、下院での報告者であり、かつ立法編纂委員会のメンバーでもあり、立法過程における最も中心的人物である Eugen Huber の見解 (vgl. Erläuterungen, 2. Aufl., 1914, Bd. I S. 122 N. 3 und S. 185 N. 1) の見解と一致する。<sup>(8)</sup> 成立史を検討する文献も、同様の見解をとっている。<sup>(9)</sup> 立法過程が上述のごとくであったとすると、民法二二六条二項との比較を根拠として、BGE 82 II 477のごとく、剰余分割についての合意は、財産共通制の際の共通財産の分割についてのそれと異なり、なんらの制限に服さないとの反対解釈を導く論拠が乏しい。

(12) 他方、民法五二二条によれば、被相続人の処分権(自由分)を逸脱するような死因処分は、遺留分減殺に服する。これに関して BGE 82 II 488 判決は、民法五二二条の意味での処分の下で、法はたんに遺言や相続契約のみを予定するにすぎない、と導いた。これについて本判決は、剰余分割に関する合意が、債務法二四五条二項にいう「履行が贈与者の死亡を期限とする贈与」にあたるか否かを詳細に検討する(判例集三三二頁以下)。これが肯定されれば、

民法五二二条により、滅殺の訴が認められることになる。

BGE 82 II 477 においては、つぎのことが見落されている。すなわち、「その履行が贈与者の死亡を期限とする贈与」も、債務法二四五条二項により死因処分の規定（とくに民五二二条）に服する。さような贈与には、とくに滅殺についての規定も適用されることはすでに先例（BGE 96 II 96 Erw. 8 d., 89 II 92f. Erw. 5）の承認するところである。それゆえ、ここで問題とする夫婦財産契約による生存配偶者への剰余の分割が、前記債務法二四五条二項にいう「贈与」にあたるか否かが吟味される必要がある。

出捐の履行が出捐者の死亡を期限とされるということは、（剰余分割が一方配偶者の死亡を要件として行われるという）剰余分割それ自体の性質上当然のことである。しかし、この剰余分割が一般的な意味での「贈与」にあたるか否かの判断は難しい。債務法二三九条一項によれば、「ある人が自己の財産より相当の反対給付を受けることなく、他人に利得を得せしむる一切の出捐を贈与という」。ここでまず第一に、夫婦財産法上の剰余分割が、出捐者たる被相続人の「財産から」、他人すなわち他方配偶者に利得を得せしめたものといえるかが問題になる。これについて債務法二三九条二項によれば、出捐者がいまだ彼に帰属しないところの権利を放棄することは、出捐者の財産からの出捐ではなく、したがってまた、贈与ではない。BGE 82 II 489 において連邦裁判所は、これについてつぎのごとく結論づけた。『妻は婚姻中剰余についての妻の持分についてなんらの請求権を有しない、かかる請求権は、財産制の解消に際して初めて生ずる』と。それゆえ、これによれば、もし妻が夫のために、彼女の剰余持分を放棄したときは、贈与したことにほならず、その結果これが滅殺を受けることもない。（同様に）かような事情のもとでは、夫の放棄も滅殺対象となる贈与とはみられない、と。

剰余についての妻の持分を求める妻の請求権が、（前記連邦判決のごとく）夫婦財産制解消に際して初めて生ずるとの理解は正当ではない。かかる請求権は、この時点で初めて請求可能となると解するのが正しい。請求権はすでに婚姻中より期待権として存在する。すなわち、妻の剰余参与は、財産併合制の本質に属する。剰余参与はいつでも、すなわち一方配偶者の死亡や離婚のごとき婚姻の解消の場合のみならず、すでに婚姻中の特別財産制の発生（民一八二条以下）した際にも、現実化しうる。それゆえ妻の債権者は、民法一八五条に基づき、裁判官による別産制の命令を請求できる。また、債権者が強制執行において、損害を受けたならば、妻の剰余持分にかかりうる（Lemp, Kommentar Art. 185 N. 6）。さらに学説（Lemp, Kommentar Art. 214 N. 86; Kratdoffer S. 74）によれば、妻は、剰余についての持分を求める妻の将来の債権を、第三者に譲渡することも可能とされる。

したがって剰余持分は、すでに夫婦財産制の解消前に、妻の財産の構成財産となる。とすれば妻が先死した場合のために、夫への剰余の分割をなすことにより、妻は債務法二三九条二項の意味での妻が「権利を取得する以前に権利を放棄」したとはいえない。さらに、いまだ未取得の権利の放棄は、贈与の場合と異なり、放棄者の損失 (Entreichung) と受益者の利得との間に、なんらの法的関連が存しない<sup>(12)</sup>。かような理由から、たとえば法律行為の取消 (権) の放棄や買取権 (Kaufrecht) の不行使は、贈与とは解されえない (Oser/Schönenberger, Kommentar Art. 239 N. 8 OR)。債務法二三九条二項にとくに明記されている相続の放棄も同様である。これらの諸場合においては、受贈者 (Beschenkte) の受益は、贈与者 (Schenker) の放棄にその法的根拠を有するのではない。たとえば、錯誤に基づき取消されうる売買契約が、売主により取消されないまま、放棄されたときには、買主は売買物件を契約に基づいて取得しているのであって、取消権の放棄に基づくのではない。

これに反し、剰余についての妻の持分放棄は、前述の場合とは少し事情が異なる。ここでは、利得と損失 (Entreichung) とは相關関係にある。すなわち、本来夫の財産となるべき財産を承継する利得は、この放棄の直接的な効果であり、かつまさに夫婦財産契約にその根拠を有する。生存配偶者への、夫婦財産契約による剰余の分配が贈与であるということは、それゆえ夫の財産から妻への出捐は存在しない、ということと矛盾するものではない。

ところで、いかなる理由で、妻の剰余参与の放棄が、夫のそれと異なっており扱われるべきかは、別段の吟味を要しない。剰余は、夫婦財産制解消の際に行われる計算の結果として表示される。この (計算上生じた) 積極残額に対して、妻が所有権を有するのではない。いい換えれば、夫は剰余算定の基礎財産となる所得についての所有権者であるが、夫の所有する特定物件に対して剰余債権が存するのではなく、剰余請求権はたんなる金銭債権である。したがって妻は、夫 (ないしはその相続人) に対して、将来の夫婦財産制の解消に際して、取得すべかりし剰余を請求しうる権利を有するにすぎない。それゆえ、妻の夫に対する剰余参与請求権は、通常夫に対する金銭債権である (BGE 100 II 73) との帰結が生じる<sup>(13)</sup>。他方、夫の剰余請求権も、所得についての彼の所有権とつねに等しいわけではない。たとえば、妻の編入財産たる土地が、所得からの投資により価格増加の生じたときには、夫が剰余に参与する請求権を有することになる。(この意味で) 夫の請求権も、質的には妻のそれと異ならない (この点では、BGE 82

## II 477 前掲の理解と異なり<sup>(14)</sup>。

(13) つぎに、債務法二三九条によれば、出捐が「反対給付を受けることなく」すなわち無償で行われたときのみ、「贈与」ということができる。本判決は、剰余分割の合意の無償性を肯定してつぎのごとくいう (判例集三三四頁

以下)。

夫婦財産契約による剰余分割は、いろいろの動機からなされる。剰余の形成が専らもしくは主に一方配偶者(の行為・財産)に帰因するとき、たとえば妻の財産からの収益もしくは夫の営業への妻の顕著な協力によつてのみ、剰余が生ぜしめられたようなときに、夫婦は法定の剰余分割を避ける傾向がある。<sup>(15)</sup> するような夫婦財産法上の出捐は、無償とみなされることは明らかである。さうな合意を通じて夫婦は、受益が剰余形成への特別な功績に依存せしめるのではなく、死亡という偶然的事情にあることを表明しているのである。したがって出捐は、剰余形成に対する寄与貢献に対する反対給付ではなく、純粹に自由意思の表明に基づく<sup>(16)</sup>。もっとも、個々のケースにあつては、本件被告人F女の主張することく、夫婦共同体のためになされた特別寄与をなした当該配偶者に、もっぱら剰余が帰属するケースもありうる。しかし、さうな配偶者が受益することとは、剰余形成についての彼の功績に基づくのではなく、まったくの偶然にほかならない。かような夫婦財産契約の無償性は、(本件のごとく)剰余の出捐が相互である場合にも、かわることがない。夫死亡の場合に夫がその剰余持分を妻へ出捐するということは、妻が先死の場合に妻も相互の出捐をなすということに対する反対給付ではない。

(14) つぎに、債務法二四五条二項にいう「履行が贈与者の死亡を期限とする贈与」にあたるかについて、本判決は結論においてこれを積極的に解する(判例集三三五頁以下)。

二四五条二項の適用可能性については、つぎの異論が予想される。すなわち、さうな夫婦財産契約の目的とする生存配偶者のための経済的配慮は、道徳的になされたものであり、債務法二三九条三項によれば、道徳的義務の履行は、贈与とはみなされない、と。しかし、死亡のときを期限とする贈与が、その履行が道徳的義務の履行において行われるゆえに、減殺を免かれるかどうかの判断は、贈与法によつてではなく、相続法のレヴェルで判断されるべき問題である。相続法上減殺対象となるか否かの判断に際しては、いかなる理由で出捐がなされたかという点は問題とされない。したがって、たとえば遺言による妻の優遇は、道徳が夫をしてかかる処分をなさしめたか否かにかわりなく、減殺に服するのである。さらにまた夫死亡の際に妻の地位を保障する目的で、夫が妻のために生命保険契約を締結したときは、保険金請求権(Versicherungsanspruch)は、民法五二九条によりその買戻価格につき減殺に服する。最後に、法は民法五二七条一号において、ある種の出捐(多くは道徳的義務の履行においてなされ

る出捐、たとえば婚姻贈与 *Ausrichtung od. Aussteuer* を滅殺に服せしめてい<sup>(17)</sup>。それゆえ、出捐が滅殺に服するか否かの問題は、出捐が道德的義務の履行において行われた否かには関係がないことが知れる。遺留分保護は、立法者の見解によれば、道德的原理を基礎とする。それゆえ、生存配偶者のためになす道德的義務は、遺留分を侵害しえないことになる。

(15) 以上述べた理由から、本判決はつぎの結論を導く。夫婦財産契約により、生存配偶者へ剰余を分割することは、債務法二四五条二項の意味での、「履行が贈与者の死亡を期限とする贈与」と解されるべきである。それゆえ、かかる剰余分割は、死因処分と同様に、遺留分滅殺の対象となる。<sup>(18)</sup>

(16) さらに本判決は、以上のごとき理由づけのほかに、他方で実質的な衡量を説く。判例集では、前記理論的根拠づけに比し、ややウエイトが軽く置かれているようにみえるが、かかる結論を導いた実質的な価値判断は、この点にあるともいえる(判例集三二六頁以下)。

多くの夫婦がそうであるごとく、現実には夫婦財産が所得のみから構成されているときには、直系卑属は、従前の判例によれば、生存配偶者への全剰余の分割により、完全に遺産から締め出される危険がある。従前の事件や本事件のごとく、子が前婚関係から出生しているときには、実質的には子が相続欠格のごとき効果を生ぜしめる。ところが、かかる危険は、非共通の直系卑属にかざられない。共通直系卑属も、さような合意によりその相続権に強い影響を受ける。ときには将来の生存配偶者に対する相続権が剝奪されることもあり、また生存配偶者の死亡まで年月を要し、その時点では財産が減少している可能性もある。その他、生存配偶者が自己の財産の自由分を遺言等により処分することも考えられる。また、生存配偶者が再婚し、そこで子が生まれる可能性も残されているから、これにより前婚の子(被相続人死亡時の共通直系卑属)の相続期待権は、附加的に縮小する。

これらの場合に、剰余についての夫婦財産契約に基づく合意により、子の遺留分は幻と化する危険がある。法が遺留分権を強く保護する趣旨を考慮すれば、かような合意を放置することは許さるべくもない。生存配偶者の経済的地位を保全し、老令の彼から生活水準の低下を防ぐことは、必要であることはいうまでもない。夫婦をしてさような、夫婦財産契約の締結へと導かした動機は、やはり尊重されるべきであるが、生存配偶者の地位保全というネライが、遺留分権を犠牲にしてはならない。法は生存配偶者に対し、剰余についての持分、相続請求権(主として相続権)、被相続人の自由分の枠内の生存配偶者への出捐(たとえば民四



七三条）等により、法制度時的にも充分にその地位を保障している。ここでさらに、生存配偶者のための救治手段を講ずる必要があるならば、それは解釈の問題ではなく、立法者の課題である。

(17) 以上述べた理由から、夫婦財産契約による剰余の分配は、従前の判例と異なり、被相続人の死亡時点で遺留分減殺に服すべきである、との結論が導かれた。ところで、スイス民法上の遺留分権者としては、直系卑属、両親、場合により兄弟姉妹（ただし、カントン法により異なる。一九七六年度の改正草案によれば、兄弟姉妹の遺留分は削除される予定である<sup>(19)</sup>）にまで拡大されている。そこで、かかる遺留分相続人は、すべてかような夫婦財産法レヴェルでの減殺が可能か、ということが問題となる。本判決は、「さような夫婦財産法上の処分に対する遺留分保護は、（原則として）被相続人の直系卑属にかぎられる」と明言し、その根拠をつぎの点に求める。<sup>(20)</sup>

「第一に、夫婦が婚姻中共同して取得した財産は、その余の遺留分相続人からは剝奪されうる運命にある。ことに妻側のこれら相続人は、なんら剰余分割請求権を有しない（民二二四条一項参照）。したがって、剰余分割についての夫婦財産契約の存在する場合に、すべての遺留分相続人に減殺の訴を許容する必要はない。

第二に、財産共通制の下で、共通財産についての夫婦財産契約による合意については、民法二二六条により、明示的に直系卑属のみが保護主体とされる。

第三に、その余の遺留分相続人にとって、著しい権利侵害の存する場合には、権利濫用法理による救済の途が残されている。

vgl. BGE 99 II 9 ff.」

以上の結果本判決は、夫婦財産契約による生存配偶者への剰余の分割が、原則として遺留分減殺の対象となりうる旨を明言し、先例を変更した。そして結論的には、先例にしたがった原判決を一部破棄し、事件を原審に差戻したものである。差戻しを命じるのは、上告人N女の遺留分が侵害されているか否かを審議するためである（その余のN女の請求はすべて排斥された。これについては、判例集三三八頁以下参照）。

### 3 改正草案の動向

(18) 最後に、改正草案の動向を素描しておこう。夫婦財産制に関する改正草案として、今日までに一九六二年の第一次草案と、一九七六年の第二次草案とが公けにされている。これらの草案全体の概要はすでに別稿に紹介済みであるが、ここではとくに夫婦財産契約による剰余分割の変更に関する動向を、より詳細にみておこう。

まず第一次草案として、一九六二年家族法改正委員会の起草した *« Bericht der Studienkommission für die Teilrevision des Familienrechts (..... Ehegüterrecht) erstattet dem Eidg. Justiz- und Polizeidepartement (am. 13. Juni 1962) »* が存在する。第一次草案の下では、前提として夫婦財産契約を必要とするケースが縮小される。これが必要とされるのは、新たな夫婦財産契約を設定する場合に限られ、その余の夫婦財産法上の合意、たとえば現行法の下での特有財産を設定する旨の合意(民一九〇条。ただし、第一次草案が法定財産制として予定する「自己管理制」の下では、かかる合意は意味がない。これが意味をもつのは、別産制を除く契約財産制においてである)、剰余持分を変更する合意(民二二四条三項、二二六条一項、二四〇条三項)、特有財産を別産制から除外する旨の合意(民二四一条二項)などにあつては、現行法のごとく夫婦財産契約によることを要せず、たんなる書面による夫婦の合意のみでこれをなしうる、とされる。

(19) これらの点はさておき、本稿紹介の判例以前の多数説・判例によれば、すでに述べたごとく、民法二二四条三項に基づき剰余持分が変更せられた場合において、たとえ剰余のすべてを妻に付与する旨の夫婦財産契約が締結せられたときでも、被相続人の相続人は、遺留分侵害を根拠として、かかる夫婦財産契約を取り消しえないものとされていた。ところが改正第一次草案は、一方配偶者の死亡に際する剰余分割について、つぎのテキストを用意する。

Art. M: Bei Tode eines Ehegatte fällt sein Vorschlag zu zwei Dritteln an den überlebenden zu einem Drittel, unter Vorbehalt der erbechtlichen Ansprüche des Überlebenden, an die Erben des Verstorbenen.

Durch schriftliche Vereinbarung kann, unter Vorbehalt des Pflichtteils der Nachkommen des Verstorbenen, eine andere Beteiligung am Vorschlag vereinbart werden.

Bedeutet die gesetzliche oder vereinbarte Vorschlagsteilung eine offensichtliche Härte für die Nachkommen, so kann der Richter auf deren Begehren eine abweichende Teilung anordnen.

他方、離婚による婚姻の解消に際する剰余分割については、現行法（民一五四条）と異なり、夫婦財産法上の規定として、つぎのテキストが用意される。

Art. N: Bei Scheidung erhält jeder Ehegatte die Hälfte des Vorschlages des anderen.

Die Ehefrau kann jedoch unter Verzicht auf die Hälfte des Vorschlages des Vorschlages des Ehemannes ihren Erwerb nebst ihrem Eigengut ganz behalten.

Bedeutet die eine oder die andere Teilungsart eine offensichtliche Härte für einen Ehegatten, so kann der Richter auf dessen Begehren eine abweichende Teilung anordnen.

まず第一次草案M条と現行二一四条と対比すれば、つぎのごとき相違点がみられる。

まず第一に、民法二一四条一項では、妻側が剰余の $\frac{1}{3}$ を取得し、夫側がその $\frac{2}{3}$ を取得するものとせられているが、改正草案では、生存配偶者——それが夫であれ妻であれ——がその $\frac{2}{3}$ を取得し、死者の相続人がその $\frac{1}{3}$ を取得するものとする（これら割合は、後述する草案二一四条一項においても同様の改正が予定せられる）。とくに夫の死亡した場合の妻の取得分が、大きくかわることになる。

第二に、妻側の剰余受益者が、現行法では妻の直系卑属に限定せられているが、改正草案によれば、妻の相続人も剰余受益者たる資格を有するものとされる（草案二一四条一項も同様である）。この点は、妻が死亡し、その相続人が直

系卑属以外の人である場合に、夫にとって大きな影響がある。

第三に、現行の通説・判例によれば、二・四・三項により剰余持分が修正せられた場合において、たとえ剰余のすべてを妻に付与する旨の夫婦財産契約が締結せられた場合においても、夫の相続人は、遺留分侵害を根拠として、かかる夫婦財産契約を取り消しえないものとされていた。しかし改正草案は、とくに死者の直系卑属に限定して、その遺留分を侵しえないものとする。現行法のもとの妻の剰余持分 $\frac{1}{2}$ と、改正草案のもとのそれ $\frac{1}{2}$ とは、大きな相違の存するとの基礎事情の違い、および前記学説の批判をとり入れたものである。

他方、離婚による婚姻の解消の場合には、その状況は、一方配偶者の死亡による解消の場合とまったく異なる。離婚に際しては、各配偶者はそれぞれ自己の新たな生活を始める必要がある。そこで両配偶者ともに、可能なかぎり同じ経済的土俵をもつことが望ましい。かような考慮に立ち、各配偶者がそれぞれ剰余を折半して取得するものとされる。<sup>(22)</sup>

まず第一項によれば、いまかりに妻の剰余を四万フランとし、夫のそれを六万フランとすれば、妻の取得分 $\equiv$ 妻の剰余の $\frac{1}{2}$  + 夫の剰余の $\frac{1}{2} \equiv$ 五万フランとなる（夫の取得分も同じ）。いい換えれば、各配偶者は、両配偶者の剰余の合計の $\frac{1}{2}$ つを取得することになる。

他方、第二項は、妻が夫の財産に対する $\frac{1}{2}$ の剰余を放棄して、自己の収入および固有の財産を保有する特権を認める。いまかりに、妻の剰余が七万フラン夫のそれが三万フランとする。このとき一項による妻の取得分は、 $(1 + \frac{1}{2}) \times \frac{1}{2} \equiv 1.5 \times \frac{1}{2} \equiv 0.75$ にすぎないが、二項によるそれは七万フランとなる。この例から明らかのごとく、妻の剰余が夫のそれをうわまわっているときに、かかる特権を妻が享受することになる。改正委員会の説明によれば、妻にかかる特権を認めるのは、たとえば婚姻中妻の収入から剰余を形成しえたときは、それにより彼女にとって、家事の執行と並

んで、特別な骨折りをなしたことを意味する」からであるとされる。

最後に、三項は裁判官による剰余持分の修正を規定する。改正委員会の説明によれば、「一項にいう $\frac{1}{2}$ ずつの剰余の分割は、ある場合にはたとえ、剰余が全部一方配偶者の営業へ投資されているとき、もしくは一方配偶者にとつて（分割をなすことが）非常な困難を意味するときがありうる。さような場合には、裁判官が異なる分割を命じる権限を有する」。一方配偶者の死亡の際と異なり、離婚に際しては、すでに裁判官のもとに訴が提起せられており、彼が当事者の財産関係を審理しているのであるから、彼の任務を充分に發揮させるためには、彼に必要な権限を与えておくことが望ましいゆえに、裁判官にかかる裁量権が認められたのである。

以上の一般的記述を前提として、夫婦の合意による剰余持分の変更については、つぎの諸点を指摘できる。

第一に、M条三項およびN条三項は若干文詞を異にするが、その趣旨はいずれも不適当な剰余分割の合意を好ましくないと考ええる点では執を一にする。

第二に、離婚に際しては、各配偶者の直系卑属の遺留分という問題は生じないため、「合意による剰余分割の変更」が問題となる場面は、原則としてN条三項にかぎられる。これに反して、死亡に際するそれは、被相続人の直系卑属の遺留分侵害（M条二項）および裁判官による剰余分割の変更（同条三項）が規定される。遺留分侵害の場合については、本稿に紹介した判例理論を先取りしたものといえよう。

第三に、現行法の下では、夫婦財産契約による剰余持分の変更が、権利濫用法理により、制限を受けることがあった。前記M条三項（N条三項も結果的には同趣旨と思われる）は、法定の分割割合にしたがったときでも、裁判官がこれを変更しうるとする。これは、死亡配偶者側の取得すべかりし剰余が、生存配偶者の営業等に投入されている場合を考慮したものと思われるが、きわめて大胆な提言といえる。

第四に、法定ないしは合意による剰余分割が、直系卑属（M条三項）ないしは他方配偶者（N条三項）にとって、明らかに苛酷である場合に、これらの者の請求に基づいて、裁判官がこれと異なる剰余分割を命じるとされる。現行法に比し、柔軟な規定であり、個々のケースに相応した解決をなしうるメリットも存するが、他面において、法規ないしは当事者の合意の重みを後退させる側面をも有する。

(20) 第一次草案に関して、《Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Bericht und Vorentwurf der Studienkommission Grossen vom 13. Juni 1962 und 28. Juli 1965 über die Revision des Familienrechts. F. Das eheliche Güterrecht (Art. 178-241 ZGB)》（一九七一年四月公表との名称の「改正意見書」が公表されている。これは、各カントンおよび利害関係団体など約四〇にもおよぶ各種機関・団体より提示された意見を、連邦司法・警察省の手により、要約されたものである。ここで、剰余全般にわたる意見を紹介する紙幅の余裕がないので、<sup>(23)</sup>とくに、法定持分の変更は、夫婦財産契約によらず夫婦間の書面による合意 (schriftliche Vereinbarung, convention écrite) でたるとする点、および遺留分に関するM条二項についてのみを要約するにとどめる。

前記「改正意見書」に公表せられた諸意見を概観すれば、剰余分割の変更に際して、遺留分の留保を当然のこととして承認し、これと並んで草案のいう「書面による合意」に代えて、現行法と同様に、公証 (öffentliche Beurkundung) の形式を要求する意見が多い。ここに公証というのは、わが国における理解としては、公証人 (z. B. Notar) による夫婦財産契約締結の証明と理解してよいと思われるが、カントンによっては、<sup>(24)</sup>公証手続はカントン法に委ねられている——かならずしもいわゆる「公証人」にこの任務を課しているわけではないので、「公証人による証明」と表現することは、その意味で正確ではないことになる。

(21) それはさておき、第一次草案を起草した「家族法改正委員会」は、夫婦財産契約の利用度が低いという現実

に着目し、これと結合された剰余分割の変更から夫婦財産契約という要件をはずすことにより、剰余分割変更という制度利用を促進しようとしたのであった。ところが、やはり現行法とおりの「夫婦財産契約による」剰余分割の変更を要求する見解も少なくない（z. B. Vormundschaftsbehörde Basel-Stadt, Notariatskammer Basel-Stadt, Bund Schweizerischer Frauenvereine, Schweizerische Familienschutzkommission）。しかし、公証もしくは夫婦財産契約の方式を要求する場合にも、現行法のごとき後見官庁の承認との要件を削除する点では、ほぼ軌を一にする（これを明言する例として、z. B. Schweizerischer Juristenverein, Bund Schweizerischer Frauenvereine）。

その点はさておき、公証制度の存続を要求する根拠は一樣ではない。少し例示すれば、夫婦財産契約という形式を放棄することは、とくに先死配偶者の直系卑属の遺留分を害する危険が高い、素人は夫婦財産法上の分割（剰余分割）と相続法上のそれ（遺産分割）との区別についてさほどの知識を有していない、したがって制度的に公証人などによる啓蒙を要求することが望ましい（Kommission des Obergerichtes des Kantons Zürich）、契約締結者相互の利益保護の必要上（Gemeinde- und Sanitätsdepartement des Kantons Luzern）、書面による合意を要求するだけでは、現行の判例の立場を前提とすれば、遺留分侵害の合意のなされる危険が高い（Regierungsrat des Kantons Solothurn、結果同旨、Schweizerischer Juristenverein）等を主たる根拠とする。その他、理由は明らかではないが、公証制度の存続を要求する団体も少なくない（z. B. Schweizerischer Anwaltsverband, Schweizerischer katholischer Frauenbund, Sozialdemokratische Frauengruppen der Schweiz, Schweizerischer Verband für Frauenstimmrecht）。

その他に、M条二項の削除を要求する意見もみられる。その理由は、改正草案の下での生存配偶者は、剰余の3/4ラス遺産について1/4の相続権を取得するので、直系卑属に比し生存配偶者はきわめて優遇せられることになるのだが、それ以上に剰余を多くする余地を認めることは、とくに直系卑属のとり分がより少なくなることにかんがみて好

のましくない、とする点に求められる (z. B. Appellationsgericht Basel-Stadt, Obergericht des Kantons Glarus, Conseil d'Etat du Canton de Vaud, Conseil d'Etat de la République et Canton de Genève, Fédération suisse des Notaires).

これら反対理由は要するに、特有財産設定に関する改正草案に対する反対理由と同様に、余りにも剰余分割変更の合意が容易化されすぎる、無分別な合意がなされる危険がある、濫用により債権者や子（とくに父母の一方を異にするそれ）の利益がおびやかされる、法に無知な配偶者の利益が害される危険がある、等を危惧するゆえであろう。

(22) 他方、「遺留分の留保」規定については、規定の趣旨の不明確さを指摘するものが少なくない。すなわち、夫婦財産法上の遺留分という概念は存在しない。かりにこれが相続法上のそれを意味するとしても、夫婦財産法上の清算後に遺産の範囲が確定されるから、前者の清算残額について、相続法上の遺留分という問題が生じる。とすれば、剰余分割後遺留分侵害という問題は生じないはずである。二項の規定は不明確である。二項に代えて、つぎの規定が置かれるべきである。

Durch Ehevertrag kann eine andere Beteiligung am Nachlass vereinbart werden, wenn keine pflichtteilsberechtigten Nachkommen vorhanden sind.

かような Notariatskammer Basel-Stadt 提案と同趣旨の指摘をなす例として、Schweizerischer Anwaltsverband や Schweizerischer katholischer Frauenbund の意見があり、とくに前者は、二項の搜入句の削除を前提に、遺留分の侵害は、その限度で夫婦財産契約を取り消すという方向で処理すべきものとするから、結論において本稿紹介判決の結論と一致するものと思われる。

(23) つぎに、前記「第一次草案に対する改正意見書」について、一九七六年にはいわゆる第二次草案へBe-



gleitbericht zum Vorentwurf für eine Aenderung des Zivilgesetzbuches (…… Ehegüterrecht), ohne Jahre) (一九七六年夏公表)と並んで、《Expertenkommission für die Revision des Familienrechts. Gesetzesentwurf für eine Aenderung des Zivilgesetzbuches (…… Ehegüterrecht)》という名を付されたテクスト集が公表せられた。第二次草案全体の展望については、すでに別稿に紹介してあるので、<sup>(26)</sup>ここでは剰余分割に限定して紹介するにとどめる。

第二次草案における剰余参与の方法として、法定参与 (Beteiligung nach Gesetz) と契約参与 (Beteiligung nach Vertrag) との二種が予定される。この点では、現行法および第一次草案におけると同じであるが、内容的には若干の修正がみられる。

所得参与制 (法定財産制) においては、両配偶者が同じ方法で共通の富 (gemeinsamer Wohlstand) の形成に寄与したとの認識から出発する。かような認識を基礎として、財産制解消に際し各配偶者は、同じ程度で他方配偶者の純粋所得 (Netto-Ertragschaft) に参与する。これにより各配偶者は、他方配偶者の剰余の $\frac{1}{2}$ を取得する。第二次草案二〇七条は、法定参与につきつぎの規定を用意する。

Art. 207: Jedem Ehegatte oder seinen Erben steht die Hälfte des Vorschlages des andern zu.

Die Forderungen werden verrechnet.

第一次草案のもとでは、夫婦財産制が一方配偶者の死亡もしくは夫婦の離婚のいずれを原因として解消せられたかにより、他方配偶者に対して有する剰余持分の割合を異にした。ところが、第二次草案を起草した専門委員会は、他方配偶者の所得への一方配偶者の参与請求権 (Beteiligungsanspruch) は、「夫婦財産法上の請求権である」との理由から、死亡配偶者に直系卑属が存するか否か、いずれの原因で夫婦財産制が解消せられたかなどにより、剰余分割の

割合を異にしない立場に立つ。さらに、第一次草案のもとでは、生存配偶者は自己の全剰余のほかに、さらに他方配偶者の剰余の $\frac{1}{2}$ および相続請求権を取得する。このことは、前述した「第一次草案に対する改正意見書」においても指摘せられるごとく、生存配偶者を極めて優遇するものである、との認識に立つ。

ところで、前記法定参与は、一方配偶者の死亡の場合にも離婚の場合にも適用される。ところが、たとえば一方の配偶者が共通の福祉にまうたく、もしくはほとんど寄与しなかった場合のごとく、ときに剰余の $\frac{1}{2}$ の分割が不当ないしは不適当と思えるケースも生じうる。かような場合について、第一次草案は、前述のごとく、いわゆる、苛酷条項(Harte-Klausel)を導入していたのであるが、第二次草案はこれを放棄する。これを導入することは、実務上の負担を増加せしめ、その運用が著しく困難となると考えられたがゆえである。<sup>(27)</sup>

他方、契約参与の際には、草案二〇八条につきのテキストが用意される。  
 Art. 208: Durch Ehevertrag kann, unter Vorbehalt des Pflichtteils der Nachkommen, eine andere Beteiligung am Vorschlag verabredet werden.

また、離婚等の際には、草案二〇九条が用意される。  
 Art. 209: Wird die Ehe geschieden, getrennt oder ungültig erklärt, so fallen Vereinbarungen über die Aenderung der gesetzlichen Beteiligung am Vorschlag dahin.

離婚等による夫婦財産制の解消に際しては、夫婦財産契約による剰余分割変更の合意が失効するので、ここでは法定参与にしがうことになる。規定の方法が第一次草案と異なっているが、結果的には $\frac{1}{2}$ づつの剰余分割ということになるので、その限度では同一の結論に落着くことになる。  
 (24) ところで、第二次草案二〇八条によれば、夫婦は夫婦財産契約により、法定参与と異なる剰余分割を合意し

う。ところがその場合に夫婦は、完全に自由というわけではない。一方配偶者の財産が大部分所得から構成される  
とき、および生存配偶者が全剰余を獲得する旨の夫婦財産契約が存するときは、それにより先死配偶者の相続人は不利  
益を受け、ときには実質上これがなければ有すべき遺留分がなきに等しい地位に置かれる危険がある。それゆえ、直  
系卑属とくに前婚より出生したる子は、さような剰余分割についての合意から保護さるべきである。専門委員会は、  
財産共通制に関する現行二二六条と同様の意味において保護さるべき旨を明言し、第一次草案と同様のいわゆる「遺  
留分の留保」を規定する。ここでは、第一次草案と比較して、つぎの諸点を指摘するにとどめる。

第一に、剰余分割変更の合意の要件が、「書面による合意」から「夫婦財産契約」へと変更された。これは、第一  
次草案にする前記批判(前述21)参照)にしたがった結果である。もともと、現行法の夫婦財産契約と第二次草案のそ  
れとは、ま対ったく同じというわけではない。とくに締結要件の点で若干の改正が予定されている。<sup>(29)</sup>

第二に、上述の修正を除けば、「遺留分の留保」に関する第一次草案M条二項と第二次草案二〇八条とは、若干の  
字句上の変更がみられるが、その趣旨を同じくする。したがって、第二次草案のもとでも、剰余分割の変更は、それ  
により共通ないしは非共通の直系卑属の遺留分を害さないかぎり、その効力を有することになる。ところがここ  
で、夫婦財産法上の清算は、遺産分割に(少くとも計算上)先行するから、遺留分侵害の問題は生じないとの批判がみ  
られた(前述(19)参照)。これについて学説によれば、<sup>(30)</sup>「遺留分算定の際には、死亡配偶者の全遺産(すなわちその編入財  
産プラス所得)を基礎として算定する」とされる。とすれば、直系卑属はかなり広い遺留分保護を受けることになろ  
う(ちなみに、直系卑属等の相続分・遺留分についても、改正草案が公表されている。<sup>(31)</sup>)

(25) その一九七七年八月には、「第二次草案に対する改正意見書」[Expertenkommission für die Revision  
des Familienrechts. Gesetzesentwurf vom Sommer 1976 für eine Aenderung des Zivilgesetzbuches

(……Ehegüterrecht). Zusammenstellung der Vernehmlassungen zu Entwurf und Begleitbericht) が公表せられた。これは、第二次草案の公表後、各カントン、各種利害関係機関・団体、個人等より提示せられた一〇〇を超える改正意見を、草案全体についておよび個々の規定について、連邦司法・警察省の手により、整理要約せられたものである（これまでの立法資料と異なり、このみは、本稿の対象とする判決以降に公表されている）。ここでも剰余持分を変更する方式および遺留分との関係に限定して、その内容を要約しておこう。<sup>(32)</sup>

改正意見書に明らかにされた諸見解は、第二次草案のごとく、いわゆる「遺留分の留保」に責成する見解と、これに反対する見解とに分かれる。いい換えれば、契約参与条項に責成するとしても、遺留分留保を規定すべきか否か、規定するとなると、その主体を共通直系卑属・非共通直系卑属の区別なく保護するか、遺留分算定の基礎財産をいかなる財産に求めるか、等の点に論議が集中している。

まず、草案に反対する見解から紹介しよう。反対の方向は、遺留分留保の削除を要求する見解、遺留分留保を非共通直系卑属に限定する見解、遺留分留保に代えていわゆる再婚条項を要求する見解等に分けることができる。

まず第一に、遺留分留保の規定そのものの削除を要求し、生存配偶者に全剰余を帰属せしめる可能性が残こされるべきであるとする意見がみられる。この見解によれば、婚姻中夫婦の貯える財産は、まず第一に夫婦ないしは生存配偶者の自由な処分に委ねられるべきであるとの認識に立ち、直系卑属の存在により、夫婦のかかる処分自由が制限されるべきゆわれはないことが強調される（z. B. Kanton St. Gallen. 結果宣言, Freisinnig-demokratische Partei der Schweiz, Christliche Arbeitsgemeinschaft für Ehe- und Familienfragen）。

第二に、基本的には遺留分留保に反対であるが、かりに規定するとしても、第二次草案のごとく共通直系卑属にまで拡大するのではなく、これを非共通直系卑属に限定すべきだとする見解がみられる（z. B. Schweizerische Volks-

partei, Sozialdemokratische Partei der Schweiz, Schweizerischer katholischer Frauenband)。これによれば、④共通直系卑属にあつては、生存配偶者の死亡に際して共通直系卑属に財産が流れ入るのに反し、非共通直系卑属にあつては、後日生存配偶者が死亡した際に、相続権を有しない、⑤共通のそれに対しては、生存配偶者が広い範囲の義務を負う、等の理由から、共通直系卑属は遺留分留保を必要とする度合が少ないとされる（もっとも、第一の見解を基本とするが、付随的に第二の見解を主張する見解もある。たとえば、Kanton St. Gallen）。

第三に、遺留分留保に反対とする点では、第一の見解と同じ立場をとるが、遺留分留保に代えていわゆる再婚条項の明文化を要求する見解も有力に主張されている。この立場は、「遺留分を留保して」との規定の不明確さを批判する。すなわち、かかる規定は、④夫婦財産法上の清算と相続法上のそれという従来厳格に区別されていた概念を消去させる、⑤夫婦財産契約の射程の予見を不可能にする（すなわち、夫婦財産契約締結時には、これにより将来遺留分を害するか否かの予見は不可能。そして結論としては、夫婦財産法上の遺留分という考え方を放棄し、むしろたとえば、全剰余を得た生存配偶者の再婚に際して、子の保護を考慮する方向を示唆する（Freisinnig-demokratische Partei der Schweiz, その他 Bund schweizerischer Frauenorganisation も、結論的にはこれに賛成する。しかし、共通直系卑属についてかかる再婚条項の必要性を暗示する）。

この立場をもっとも詳述するのは、Verband bernischer Notare である。それによれば、夫婦財産中にいわゆる再婚条項（Wiederverheirathungsklausel）が明記されたことにより、とくに前婚の子が保護されるかぎり、遺留分留保は不要である。また、これにより不都合が生じる際には、前述した権利濫用理論が判例上承認されているから、これにより合理的解決が可能である、とされる。

(26) 他方、第二次草案に賛成する見解も少なくない。しかし、遺留分留保には賛成するが、草案をそのまま承認

する見解は皆無に近い。

第一に、草案は直系卑属の遺留分しか考慮していないが、これを被相続人のすべての相続人に拡大すべしとする見解がみられる (Kanton Vaud)。改正意見書のなかでは、やや特異な見解に属する。

第二に、草案の予定する遺留分留保を正当と考える根拠は、つぎの点に求められる。①最近公表せられた専門委員会案によれば、生存配偶者の相続請求権が高められており、その余の優遇規定も用意されている<sup>(33)</sup>。それゆえ、少くとも直系卑属の遺留分は完全に保護せられるべきである (z. B. Regionalkonferenz der Regierungen der Nordwestschweiz, Eidgenössische Kommission für Frauenfragen, Evangelischer Frauenbund der Schweiz)。②遺留保留保が存在しなければ、死亡配偶者の財産の大部分が所得から構成されるときには、実質的には直系卑属から相続権を奪う結果を導く (Juristische Fakultät der Universität Basel)。かかる認識のもとに、とくにバーゼル大学法学部は、つぎのテキストを提案する<sup>(34)</sup>。

#### Ehevertrag über Vorschlagsteilung

##### Art. 208 (Nach Vertrag a) Inhalt)

Durch Ehevertrag kann eine andere Beteiligung am Vorschlag verabredet werden.

##### Art. 209 ( b) Herabsetzung)

Nachkommen eines Ehegatten, die infolge der Abrede weniger als den erbrechtlichen Pflichtteil erhalten, der ihnen zustehen würde, wenn der Vorschlag nach Gesetz geteilt würde, können die Herabsetzung der Begünstigung verlangen.

Der Verfahren folgt den Regeln der erbrechtlichen Herabsetzung letztwilliger Verfügungen.

Die Herabsetzung entfällt, wenn die Abweichung von der gesetzlichen Regelung nach den Umständen, insbesondere nach Herkunft und Umfang der Errungenschaften, nicht als Begünstigung des überlebenden Ehegattens erscheint.

しかしこの立場にあつても、草案に対する内在的批判として、遺留分算定基準の明確化を要求する見解が少なくない。すなわち、ここでの遺留分は、機能的には同時に、夫婦財産法的側面と相続法的側面とを併せ有するので、これがいかにして(すなわち、いかなる財産を基礎として)算定されるかが、テキスト上明示されるべきである、と。(z. B. Regionalkonferenz der Regierungen der Nordwestschweiz)。この立場は、算定基礎財産の異同により区別すれば、つぎの二種の見解にわけられる。

まず一方の見解は、若干の相違を捨象すれば、直系卑属の遺留分を「剰余の $\frac{1}{2}$  + 編入財産」を基礎として算定する立場であり、これが多数を占める(z. B. Landessing der Unabhängigen, Union liberale-démocratique suisse, Juristische Fakultät der Universität Basel)。たとえば、つぎのテキストが提案されている(その他、前記バーゼル大学提案二〇九条二項参照)。

Durch Ehevertrag kann eine andere Beteiligung am Vorschlag verabredet werden. Der Pflichtteilsanspruch der Nachkommen, berechnet auf Grund der hälftigen Vorschlagsbeteiligung, bleibt vorbehalten.

他方、もう一方の見解は、被相続人の全財産すなわち「剰余(もしくは所得) + 編入財産」を基礎として直系卑属の遺留分を算定する立場である(Sozialdemokratische Partei der Schweiz)。

以上の諸見解によれば、概して遺留分の留保を不要ないしはこれを非共通卑属に限定して認めるとする意見が有力であるが、遺留分留保を削除するとしても、その前提としていわゆる再婚条項についてのツメが要求されることになる。ちなみに、現行法のもとの再婚条項の例としては、四六四条(生存配偶者の再婚に際して、共同相続人から生存配偶者に対する担保給付請求)、四七三条三項(被相続人の処分により、生存配偶者の取得した用益権が、再婚に際してそのを失う)などがみられる(もっとも、これら規定は近く改正される予定である)<sup>(6)</sup>。

他方、草案のごとく遺留分留保を規定すれば、これが共通直系卑属にも保護が及ぶのか否か、遺留分算定基礎財産をいかにするか、等の点が今後の課題となる。もっとも、現行法と改正草案のもとでは、直系卑属の遺留分が異なることに注意する必要がある。すなわち、④とくに夫死亡の場合に、遺留分算定の基礎となる所得および編入財産の内容が、現行法と異なる、⑤生存配偶者の相続権に関する改正草案によれば、共通直系卑属の遺留分は、被相続人の遺産の $\frac{1}{2}$ （現行法）から、 $\frac{1}{3}$ （前記草案）へと、その差 $\frac{1}{6}$ 減少せられる<sup>(37)</sup>。④・⑤いずれにおいても、結局は夫の財産が減少および直系卑属の遺留分の縮小との結果を導くので、現行法のもとでの直系卑属の遺留分額より、相対的に保護の度合いが低くなる。

(27) 以上により明らかなごとく、結論において本判決は、第一次草案、第二次草案の方向を先取りしたものである。本判決と二つの改正草案の方向とを見れば、今後のスイス法の動向として、④剰余持分の修正は夫婦財産契約によることを要する、⑤かかる夫婦財産契約による剰余分割も、相続人の遺留分を害しえない、⑥保護をうける相続人は被相続人の直系卑属にかぎられる、とする点では、今後も変わることがないであろう。

かような方向がうちだされた背景には、④夫婦財産法レベルでの生存配偶者（ことに妻）の取得する剰余持分が、現行の $\frac{1}{4}$ から $\frac{1}{2}$ に高められる、⑤相続法レベルにおいて、直系卑属と競合する際の生存配偶者の法定相続分が、 $\frac{1}{4}$ の所有権（ただし所有権を選択した場合）から $\frac{1}{2}$ のそれへの変更が予定されていることも見逃しえない。

ところで、本判決以降もなお未解決の問題がいくつか現われる。

第一に、権利濫用法理により、夫婦財産契約もしくは夫婦財産契約中の剰余持分を変更した当該条項の取消可能性を認める学説・判例が少なくなかったが、権利濫用の認められる要件については、学説・判例上かなりニュアンスの差異がみられた。<sup>(38)</sup> それゆえ、第二次草案の下でも、権利濫用規定との関係が問題となる。



第二に、たとえば妻が夫の営業に無償で労働投下した場合に、夫に対する妻の債務法上の請求権が、剰余分割の変更という形式でなされた場合にも、卑属の遺留分留保が要求されるのが問題として残る。

第三に、遺留分算定の基礎財産をどう扱うかなど、第二次草案に対する疑問点として提示される諸問題の解決が残る（詳細については、前述(26)参照）。

(一九七七・一二・一〇 脱稿)

付記 本稿脱稿時点までの段階で、本判決を紹介する小品として、Petitjean, J., Zum Bundesgerichtsurteil zur Vorschlagszuweisung. SJZ 73 (1977) S. 288—89 があつた。

(註)

(1) 最近の資料として、拙稿「スイス年報(一九七五年)——家族法に関する文献案内」本誌収録予定資料参照。それ以前の資料については、前記資料の「はしがき」の項を参照されたい。

(2) 判例集を直接参照しえない場合には、z. B. ZVW 32 (1977) S. 122 ff. によつてもこれを見るのがあつた。

なお、スイス連邦裁判所判例集の正式名称は、Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes(zit. BGE)という。保険法に関するそれをも含めると、五つの Teil にわかれる(ただし最近では I. Teil のみは a) Staatsrecht und b) Verwaltungsrecht とに細分される)。民事法は第二部(II. Teil)に収録される。判例集の詳細については、拙稿「スイス法への誘い」名城法学二四卷一号(一九七四年)一八七頁以下参照。

(3) スイスの夫婦財産制に関する拙稿については、拙書・スイスの夫婦財産法に収録した邦文参考文献参照。その後のものとして、拙稿「スイス夫婦財産法上の夫の賠償責任」南山法学創刊号(一九七七年十二月)、拙稿「スイス夫婦財産法改正草案——一九七六年専門委員会案について」(二・完)南山大学アカデミア(経済経営学編)五七号・五八号(一九七七年十二月、一九七八年三月)。

(4) 本件のごとく、合意の効力をかかる条件に服せしめることも可能である。これについて、拙書・スイスの夫婦財産法二〇五

- 頁' Tuor, P., Das schweizerische Zivilgesetzbuch. 9. Aufl. Zürich. Schulthess Polygraphischer Verlag, 1975. S. 205 (剰余を受ける配偶者の特定についてを要求しない)。
- (5) その他の裁判例については、拙書・スイスの夫婦財産法前掲二二〇頁注七七、七八参照。その他、同趣旨の判例として、BGE 100 II 277 Erw. 5.
- (6) z. B. Stocker, W., Zum Schweizerischen Ehegüterrecht. Revisionspostulate und Auslegungsfragen. ZSR nF 76 II S. 375a ff.; Karrer, M., Gleichberechtigung von Mann und Frau im ehelichen Güterrecht. Diss. Zürich, Schulthess Verlag, 1935 S. 111. (ZBR Heft 25). その他' Klaus, R., Pflichtteilsrecht und güterrechtliche Verfügungen. Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1971. S. 70 ff. 以下に引用される文献参照。
- (7) Vgl. bes. Klaus, a. a. O., S. 63 ff. (bes. S. 72 ff.); Lemp, Kommentar Art. 214 N. 92 ZGB und dort zit. Literatur. その他、判例集 BGE 102 II 320 引用の文献参照。
- (8) フーバーの「理由書」には初版(これについて、拙稿「オイゲン・フーバー」名城法学二四卷二二三合併号、一九七五年、二四四頁参照)が存在するが、本文に示したのはその第二版(一九一四年)である。
- (9) これについて、本判例集三二二頁引用の諸文献参照。auch vgl. Piolet, ZBJV 112 (1976) p. 335—36. 以下二一四条の成立史については、Klaus, a. a. O., S. 106 ff. und S. 118 ff. が詳細である。
- (10) ただし、いずれも一般論として。
- (11) かような考え方は、剰余持分保護を強調する最近の学説の主張を採用したものである。これについて、拙書・スイスの夫婦財産法前掲一六六頁以下、一七一頁注一。その他、voir Piolet, ZBJV 112 (1976) p. 336.
- (12) Vgl. Guhl, Th., Das schweizerische Obligationenrecht. 7. Aufl. Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1972. S. 341. auch siehe Moor, P., La convention sur le bénéfice dans le régime matrimonial de l'union des biens. Thèse Lausanne. Lausanne, Imprimerie centrale Lausanne SA, p. 110—12. Piolet, ZBJV 112 (1976) p. 336; ders., ZSR nF 90 (1971) p. 40. 以下、民法五二七条三項の意味での贈与と債務法二三九条のそれとの相違については、par exemple Piolet, ZBJV 112 (1976) p. 336 ss. また、民法五二七条による減殺との関係については、bes. siehe Klaus, a. a. O., S. 123.
- (13) この結論は、従前より通説・判例の認めるところである。拙書・スイスの夫婦財産法、一六四頁、一九六頁参照。

- (14) Vgl. dazu Klaus, a. a. O., S. 74 ff. <sup>66, 67, 68</sup> 夫の剰余持分放棄は妻のそれに比し、その法律関係は比較的簡潔であり、学説上も主として妻のそれについて論じられるのが通常である。
- (15) 拙書・スイスの夫婦財産法、二〇二頁および注五〇参照。もっとも、さような事情の存するときのみ剰余分割の合意が正当視されるのではない。通説・判例によれば、契約自由の原則にしたがって、当事者夫婦は、任意のときに合意しうる（同上注五一引用文献参照）。
- (16) Vgl. bes. Klaus, a. a. O., S. 81, 123.
- (17) Piöet, ZSR nF 90 (1971) p. 39 ss.; ders., Droit successoral. Fribourg, Ed. universitaires Fribourg, 1975, p. 416.
- (18) Par exemple Moor, op. cit., p. 104 ss.; Klaus, a. a. O., S. 85ff.; Piöet, ZBJV 102 (1976) p. 335.
- (19) 拙稿「スイス配偶者相続権に関する改正草案——一九七六年専門委員会案について」本誌創刊号下04参照（一九七八年）。
- (20) Piöet, ZBJV 112 (1976) p. 337. 判決後では、Hausheer, ZSR 96 (1977) I S. 170 Anm. <sup>69</sup> 判例に同じ。
- (21) なお、それ以外の遺留分相続人の利益について言及する文献として、bes. siehe Klaus, a. a. O., S. 27ff, S. 65 ff.
- (22) 第一次草案については、拙書、前掲、二二二頁以下、第二次草案については、前注(6)引用の拙稿参照。
- (23) 拙書、前掲、二四二頁注44参照。
- (24) 剰余全般について、vgl. Zusammenstellung S. 138-65<sup>70</sup> 遺留分との関係について、ibid. S. 150-55.
- (25) 拙稿「スイス民法における夫婦財産契約(二)」南山大学アカデミア（経済経営学編）五〇号七一頁以下参照（一九七六年）。
- (26) 簡潔には、拙稿「スイス民法における法定特有財産」南山大学アカデミア（経済経営学編）五二号一〇九頁参照（一九七六年）。
- (27) 前注(6)所掲の拙稿アカデミア参照。
- (28) siehe Expertenkommission S. 53.
- (29) Ibid. S. 53 f.
- (30) 拙稿「スイス夫婦財産法改正草案(一)」前掲<sup>65</sup>以下参照。
- (31) z. B. Naf-Hofmann, M., Revision des Ehe- und Ehegüterrechtes. Zürich, Huber & Co. AG, 1976, S. 46 f. Nr. 153 ff.

- (31) これについては、拙稿、前掲(注(19)資料)参照。
  - (32) 以下は、*Expertenkommission (Zusammenstellung)* S.400-10 に於いて。
  - (33) これについては、拙稿、前掲(注(19)資料)参照。
  - (34) ドナタスターは、*Expertenkommission (Zusammenstellung)* Anhang III S.5 f. に於いて。
  - (35) *par exemple* Piotet, ZBJV 112 (1976) p.337.
  - (36) 注(31)に同じ。
  - (37) 詳細については、拙稿、前掲(注(19)資料)(5)参照。
  - (38) 拙書、前掲、二二〇頁注81参照。
- 権利濫用の概念については、siehe BGE 90 II 9, その他 BGE 99 II 9 (ただし、財産共通制に際する民二二六条二項に關する)、100 II 277 参照。ことに前者の判決は、他の相続人(ことに前婚から出生した子)の利益を、夫婦財産契約による合意により著しく侵害する場合について論及し、かつて連邦裁判所が契約締結時を基準としたことに対して批判的である。
- vgl. diesbezüglich Merz, *Kommentar Einleitung Art. 2 N.552. ZGB.*

# 追記

本稿の初稿マラに接する直前に、V. Baumeier, *Die Beteiligung am Vorschlag. Grundsätzliche Gedanken zur Wahl eines neuen ordentlichen Güterstandes.* Bern, Verlag Stämpfli, 1977, 76 S. Diss. Bern (ASR NF Heft 451) を入手した。第二次草案に対する批判を直接の研究対象とするが、成立契や比較法(ドイツ法やオーストリア草案)にも論及しているので、剰余問題に關する有益な資料となろう。